

Réflexion sur l'assurabilité du risque environnemental au Québec

Isabelle Fortin

Volume 41, numéro 3, 2000

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043613ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043613ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Résumé de l'article

L'assurance du risque environnemental engendré par les entreprises représente un défi de taille pour les assureurs, principalement parce qu'elle exige qu'ils composent avec l'incertitude, tant d'un point de vue technique que d'un point de vue juridique. En ce qui concerne le domaine technique, l'assurabilité du risque d'atteinte à l'environnement peut être accrue en ayant recours à l'audit environnemental d'assurance, qui permet de mieux le circonscrire et de le prévenir. L'approche préventive que doit préconiser l'industrie de l'assurance dans ce domaine ne peut toutefois suffire à repousser les limites afférentes à la technique de l'assurance ni à assurer une approche globale des enjeux liés à la protection de l'environnement. C'est pourquoi une action législative précise en vue de la création d'un fonds d'indemnisation des victimes de dommages environnementaux est nécessaire. L'instauration d'un tel fonds permettrait de combler les deux grandes lacunes liées aux limites de l'assurabilité du risque environnemental que sont le non-respect du principe de l'indemnisation intégrale des victimes et l'absence de réparation satisfaisante du préjudice écologique.

Citer cet article

Fortin, I. (2000). Réflexion sur l'assurabilité du risque environnemental au Québec. *Les Cahiers de droit*, 41(3), 473–512. <https://doi.org/10.7202/043613ar>

Réflexion sur l'assurabilité du risque environnemental au Québec*

Isabelle FORTIN**

L'assurance du risque environnemental engendré par les entreprises représente un défi de taille pour les assureurs, principalement parce qu'elle exige qu'ils composent avec l'incertitude, tant d'un point de vue technique que d'un point de vue juridique. En ce qui concerne le domaine technique, l'assurabilité du risque d'atteinte à l'environnement peut être accrue en ayant recours à l'audit environnemental d'assurance, qui permet de mieux le circonscrire et de le prévenir. L'approche préventive que doit préconiser l'industrie de l'assurance dans ce domaine ne peut toutefois suffire à repousser les limites afférentes à la technique de l'assurance ni à assurer une approche globale des enjeux liés à la protection de l'environnement. C'est pourquoi une action législative précise en vue de la création d'un fonds d'indemnisation des victimes de dommages environnementaux est nécessaire. L'instauration d'un tel fonds permettrait de combler les deux grandes lacunes liées aux limites de l'assurabilité du risque environnemental que sont le non-respect du principe de l'indemnisation intégrale des victimes et l'absence de réparation satisfaisante du préjudice écologique.

Environmental risk insurance spurred by the business world represents a daunting challenge for insurers, mainly because this requires them

* Le présent article constitue la version révisée d'un essai de maîtrise présenté à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteure tient à remercier son directeur de recherche, le professeur Claude Belleau, pour ses judicieux conseils, l'honorable France Thibault, juge à la Cour d'appel du Québec, pour son soutien et sa compréhension, de même que M^e Marc Tessier, pour son assistance dans la mise au point de ce texte.

** Avocate à la Cour d'appel du Québec, LL.M.

to deal with uncertainty both from a technical and legal standpoint. As regards the technical aspect, the insurability of an environmental damage hazard may be increased by resorting to environmental insurance audit, which makes it easier to delineate and prevent such a hazard. The pro-active approach that the insurance industry must promote in this area will not be sufficient, however, to broaden the limits inherent in the technical application of insurance, nor to ensure an overall approach to the critical issues found in environmental protection. This reinforces the view that specific legislative action for the creation of a compensation fund for the victims of environmental damage is necessary. The setting up of such a fund would make it possible to resolve two major deficiencies limiting the insuring of environmental risks, namely the non-respect for the principle of full compensation for victims and the absence of satisfactory repairing of ecological damages.

	<i>Pages</i>
1 La responsabilité environnementale extracontractuelle	479
1.1 Les recours de droit commun	479
1.2 La responsabilité statutaire du pollueur : la portée de la prohibition générale de polluer prévue dans l'article 20 de la <i>Loi sur la qualité de l'environnement</i>	482
2 Le rôle traditionnel de l'assurance de responsabilité	486
2.1 La garantie de l'assurance de responsabilité	486
2.1.1 La dispersion des risques	487
2.1.2 L'homogénéité des risques	488
2.1.3 La fréquence des sinistres	490
2.2 Les exclusions	491
2.2.1 Les dommages écologiques	492
2.2.2 Les dommages résultant d'un risque de développement	493
2.2.3 Les dommages hérités du passé (« pollution historique »)	493
2.2.4 Les dommages résultant de la pollution générale	494
2.2.5 Les dommages résultant du non-respect volontaire des mesures de prévention régissant le droit environnemental	494
2.2.6 Les dommages résultant de l'activité normale de l'entreprise	494
2.3 L'indemnisation des victimes de dommages environnementaux	495
3 La démarche d'évaluation du risque environnemental	495
3.1 La description et l'objet de l'audit environnemental d'assurance	405
3.2 Un exemple de l'intégration de l'audit environnemental d'assurance dans le processus de souscription d'une police d'assurance	498
3.3 L'incidence de la gestion des risques environnementaux par les assureurs	501

4 La création d'un fonds d'indemnisation des victimes de dommages environnementaux	504
4.1 La nécessité d'un tel fonds	505
4.2 Le modèle de la loi CERCLA	507
Conclusion	510
Annexe I	512

Avant les années 70, la couverture du risque de pollution autre que nucléaire faisait rarement l'objet d'une exclusion dans les contrats d'assurance de responsabilité civile générale des entreprises. Ainsi, ces dernières se voyaient indemnisées par leur assureur lorsque leurs activités polluantes causaient à des tiers des blessures corporelles ou des dommages à la propriété, à condition toutefois qu'il s'agisse d'un accident¹.

Puis, au début des années 70, certains sinistres de pollution ont occasionné d'importants déboursés aux assureurs, ce qui a entraîné la modification des polices d'assurance de responsabilité civile générale des entreprises. Tout comme cela a été le cas aux États-Unis, le risque environnemental a été exclu de ces contrats d'assurance de manière générale, exception faite des conséquences de la pollution « soudaine et accidentelle ». La clause suivante, adoptée aux États-Unis par l'Insurance Services Office, a rapidement été importée dans les formulaires canadiens :

This insurance does not apply to bodily injury or property damage arising out of the discharge, dispersal, release or escape of smoke, vapors, soot, fumes, acid, alkalis, toxic chemicals, liquid or gases, waste material or other irritants, contaminants or pollutants into or upon land, the atmosphere or any water course or body of water ; *but this exclusion does not apply if such discharge, dispersal, release or escape is sudden and accidental*².

1. A.R. HUDSON et J.K. FRIESEN, « Environmental Coverage under Comprehensive General Liability Insurance Policies in Canada », (1995) 5 *J.E.L.P.* 141, 153. Pour un complément sur l'historique de la couverture du risque de pollution, voir J.M. ST-DENIS, « La pollution et l'assurance : l'étendue de la protection », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 275 ; G. HILLICKER, *Liability Insurance Law in Canada*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1996, p. 184 et suiv. ; L.A. REYNOLDS, « New Directions for Environmental Impairment Liability Insurance in Canada », (1996) 6 *J.E.L.P.* 89 ; R. MOREAU, « Garanties particulières », *Assurance*, vol. 2, 1993, p. 305 ; B.M. WEINTRAUB et G.M.D. LAMEK, « Environmental Insurance : The Interaction of Judicial Decisions, Policy Language and Social Context », (1997) 15 *Can. J. of Ins. L.* 65.
2. R. MOREAU, *loc. cit.*, note 1, 305 ; l'italique est de nous.

L'intention derrière cette exclusion était d'éviter de faire jouer la garantie lorsque les dommages résultaient d'une forme de pollution qui se manifestait graduellement. Malheureusement pour les assureurs, les tribunaux canadiens et américains ont jugé la notion de pollution « soudaine et accidentelle » ambiguë et l'ont interprétée de manière favorable aux assurés. L'auteur Rémi Moreau résume ainsi le point de vue adopté par les tribunaux :

La police est écrite sur la base d'événement et non plus sur la base d'accident, comme autrefois. Le terme *événement*, tel que défini dans la police, a permis d'élargir la portée de l'assurance, en ce que l'événement implique toujours un accident, d'une part, mais encore qu'il comprend une exposition répétée (ou graduelle) à des dommages que l'assuré n'a ni prévus ni voulus. En d'autres termes, un accident doit être subit, alors qu'un événement peut se manifester sur une certaine période.

[...] En bref, même si l'inclusion de la pollution est accordée sur une base d'accident, la clé de toute la police a été modifiée par la notion d'événement au lieu d'accident. D'où l'ambiguïté dans la prose utilisée. Les tribunaux n'ont donc pas hésité à étendre la portée de l'inclusion de la pollution. Ils ont conclu que si la pollution génère des dommages causés par l'assuré à des tiers, des dommages que celui-ci n'avait ni prévus, ni voulus, ceux-ci étaient assurables, selon la définition du mot événement de cette police, même si leur manifestation était graduelle³.

En réponse à cet élargissement judiciaire de la couverture d'assurance, l'industrie a décidé, en 1985, d'exclure complètement les conséquences résultant de la pollution. Encore aujourd'hui, l'exclusion totale du risque d'atteinte à l'environnement constitue la norme dans les polices d'assurance de responsabilité civile générale des entreprises⁴. Le modèle suivant, tiré de la police intitulée « Bouclier du commerçant + » de l'Assurance Royale du Canada, démontre la forme que peut prendre une telle exclusion :

Certaines réclamations en Responsabilité Civile ne sont pas couvertes [...].

Risque de pollution

Sont exclus :

Les conséquences de l'émission, du rejet, de l'échappement ou de la dispersion — réels ou prétendus — de polluants ou de toute menace d'émission, de rejet, d'échappement ou de dispersion de polluants :

Ayant leur origine sur les lieux dont vous êtes propriétaire, locataire ou occupant ;

Ayant leur origine à toute situation :

Utilisée pour la manutention, le stockage, l'élimination ou le traitement des déchets ;

Où vous-même, ou tout entrepreneur ou sous-traitant travaillant directement ou indirectement pour vous, exécutez des travaux :

3. R. MOREAU, « Garanties particulières », *Assurances*, vol. 1, 1988, p. 86-87.

4. *Ibid.*

Pour lesquels des polluants sont amenés sur place ;

Visant à mettre en œuvre des mesures antipollution ;

Transportés, manutentionnés, stockés, éliminés ou traités comme déchets par ou pour vous ou toute personne physique ou morale dont vous pouvez être civilement responsable ;

Tout préjudice ou tous frais occasionnés par la mise en œuvre de mesures antipollution à la demande ou sur l'ordre des pouvoirs publics.

Étant précisé que dans le cadre de la présente exclusion on entend par :

Déchets, outre les acceptations usuelles de ce mot, les produits destinés à être recyclés, remis à neuf ou récupérés ;

Mesures antipollution, la recherche, le contrôle, l'élimination, le confinement, le traitement, la détoxification ou la neutralisation des polluants, ou les opérations de nettoyage ;

Polluant, toute substance solide, liquide ou gazeuse, ou tout facteur thermique, qui est source de contamination, de pollution ou d'irritation, notamment les fumées, les vapeurs, la suie, les produits chimiques et les déchets⁵.

Par la suite, en raison de l'intensification de la concurrence chez les assureurs, une certaine couverture du risque environnemental a été réintroduite sous la forme d'un avenant prévoyant une exception à l'exclusion liée à la pollution. Cet avenant se trouve à rétablir la couverture pour des événements « soudains et accidentels », non voulus et non prévus par l'assuré et qui font l'objet d'une réclamation dans un délai de 120 heures suivant l'événement⁶. Il s'agit donc d'un retour à la couverture des conséquences de la pollution « soudaine et accidentelle ». La rédaction de la clause

5. Une version équivalente se trouve dans l'ouvrage de G. HILICKER, *op. cit.*, note 1, p. 186. Pour un autre exemple, voir J. M. ST-DENIS, *loc. cit.*, note 1, 315.

6. Il est à noter que la validité d'une telle clause a été confirmée par la Cour d'appel dans l'arrêt *La Compagnie d'assurance du Québec c. Groupe Pétrolier Nirom inc.*, [1999] R.R.A. 253. Dans cette affaire, l'assuré était propriétaire d'une station d'essence. Au début de février 1992, il a eu connaissance d'une fuite d'essence, mais la date exacte de la fuite était inconnue. La police d'assurance prévoyait une couverture pour « les frais de dépollution raisonnablement engagés par lui pour se conformer à des prescriptions légales, pour autant qu'ils soient la conséquence d'une atteinte à l'environnement occasionnée par un sinistre de pollution ayant été découvert dans un délai de 120 heures et nous ayant été déclaré pendant la période de validité susdite ou dans les 30 jours en suivant la fin ». Renversant la décision de la Cour supérieure (*Groupe Pétrolier Nirom inc. c. La Compagnie d'assurance du Québec*, [1996] R.R.A. 176) selon laquelle le fardeau de l'assuré de prouver que le sinistre était survenu à l'intérieur du délai de 120 heures équivalait à lui demander l'impossible, et que, par conséquent, la clause en litige était annulable ou réductible puisqu'elle était abusive, la Cour d'appel jugea cette clause valide, dans la mesure où le délai de 120 heures débute au moment où l'assuré a un motif raisonnable de croire à l'existence d'un sinistre de pollution.

indique toutefois plus clairement la volonté des assureurs de ne pas couvrir les dommages attribuables à la pollution graduelle⁷.

Ce survol historique de la couverture du risque de pollution dans les contrats d'assurance de responsabilité civile générale des entreprises démontre les difficultés éprouvées par les assureurs désireux d'offrir ce genre de protection. Dans un contexte où la demande de couverture pour ce type de risque est à la hausse⁸, il est légitime de s'interroger sur la capacité des assureurs de répondre de façon appropriée à ce besoin des entreprises.

La présente étude, qui consiste en une réflexion sur les limites de l'assurabilité du risque environnemental, abordera les principaux éléments se rattachant à cette problématique à caractère juridique et socioéconomique. Dans un premier temps, les principales dispositions législatives créatrices de responsabilité environnementale extracontractuelle pour les entreprises seront rappelées. Par la suite, le rôle traditionnel de l'assurance sera exposé puis examiné à la lumière de la spécificité du risque d'atteinte à l'environnement. Ensuite, la démarche d'évaluation de ce type de risque sera présentée de même que les conséquences qui y sont liées. Enfin, la nécessité d'une action législative particulière en vue de la création d'un fonds d'indemnisation des victimes de dommages environnementaux sera discutée.

Avant de rappeler les règles générales de la responsabilité civile des entreprises, il convient d'apporter une précision d'ordre terminologique. Les notions de « pollution » et d'« atteinte à l'environnement », bien qu'elles soient souvent utilisées pour désigner la même réalité, se distinguent ainsi : la première constitue un fait générateur et la seconde évoque l'effet dommageable causé au milieu naturel⁹.

Par ailleurs, nous tenons à spécifier que, aux fins de notre réflexion, le concept de polluant sera généralement employé dans son sens commun, conformément aux définitions utilisées par les assureurs, qui s'apparentent à celle-ci : « Toute substance solide, liquide ou gazeuse, ou tout facteur thermique, qui est source de contamination, de pollution ou d'irritation,

7. Pour un modèle, voir l'annexe I.

8. Voir R. MAXWELL, « Canadian Industries have Embraced Environmental Insurance — But not as Quickly as Some would Like », *Can. Ins.*, vol. 104, 1999, p. 10.

9. Voir J. DEPRIMOZ, « Régime juridique des assurances contre les risques d'atteinte à l'environnement », dans C. HUGLO et J. DE MALAISE (dir.), *Juris-Classeur Environnement — Sources — Procédés d'intervention*, vol. 1, n° 210, Paris, Juris-Classeur, 1998, p. 4.

notamment les fumées, les vapeurs, la suie, les produits chimiques et les déchets¹⁰. »

Il en sera de même pour le concept d'atteinte à l'environnement, auquel nous nous référerons pour désigner la dégradation du sol, de l'atmosphère ou des eaux du fait de la présence de polluants¹¹.

Sur le terrain de la responsabilité civile des entreprises, puisque la couverture du risque au moyen d'une assurance n'est nécessaire que dans le cas où la responsabilité peut être mise en cause, il convient, préalablement à l'examen des aspects techniques de l'assurance, de rappeler les principales dispositions législatives créatrices de responsabilité environnementale extracontractuelle découlant du *Code civil du Québec* (C.c.Q.) et de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (LQE)¹². Cela nous permettra de mieux circonscrire l'ampleur du risque assumé par les assureurs en matière d'atteinte à l'environnement.

1 La responsabilité environnementale extracontractuelle

1.1 Les recours de droit commun

C'est à l'article 1457 C.c.Q. que sont énoncés les principes de base en matière de responsabilité civile :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

Dans le cadre d'une action pour dommages relevant d'une atteinte à l'environnement, la victime devra prouver, outre la faute du pollueur, l'existence d'un préjudice direct et certain ainsi que d'un lien de causalité

10. Cette définition est tirée de la police « Bouclier du commerçant + », reproduite précédemment (voir *infra*, introduction). La même formulation apparaît au chapitre V du contrat type de l'ancien Pool Responsabilité Civile Pollution — Québec, reproduit à l'annexe V de l'article de J.M. ST-DENIS, *loc. cit.*, note 1, 329.

11. Cela est conforme à la définition donnée dans le chapitre V du contrat type de l'ancien Pool Responsabilité Civile Pollution — Québec, qui est reproduit à l'annexe V de l'article de J.M. ST-DENIS, *loc. cit.*, note 1, 329.

12. *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2.

entre la faute et le préjudice. L'acte ou l'omission du pollueur sera évalué en fonction du modèle abstrait de la personne raisonnable placée dans la même situation¹³. À cet égard, il importe de souligner la difficulté que peut représenter une telle preuve¹⁴, notamment dans les cas où l'entreprise polluante a des activités dans un domaine très spécialisé : faute d'éléments comparables, la détermination des standards de prudence peut se révéler ardue.

La célèbre affaire de la mousse isolante d'urée-formol (MIUF) illustre bien les difficultés de preuve auxquelles doivent parfois faire face les victimes d'atteinte à l'environnement¹⁵. Les demandeurs, qui sont les membres de six familles, avaient fait isoler leurs maisons par insufflation de MIUF. Ils ont poursuivi les fabricants et les installateurs de cet isolant, invoquant, entre autres arguments, que ce dernier était mauvais et chimiquement instable et qu'il provoquait des émanations de vapeurs toxiques et de poussières microscopiques qui avaient fait apparaître chez eux certains maux physiques.

Toujours selon eux, la MIUF exhalait des odeurs désagréables et avait causé des dommages considérables à leurs propriétés. Ils prétendaient également que le produit n'avait pas été installé de façon appropriée dans les murs de leurs maisons et réclamaient des dommages-intérêts pour compenser le préjudice subi, y compris la perte que représente la baisse de la valeur marchande de leurs maisons.

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance qui avait rejeté l'action en dommages-intérêts à l'encontre des installateurs et des fabricants de la MIUF, notamment au motif que les demandeurs n'avaient pas démontré sa nocivité ni le fait qu'elle avait causé des dommages à leur santé ou à l'intégrité physique de leurs maisons. La Cour d'appel a également conclu que les fabricants n'avaient pas manqué à leur devoir de prudence et de diligence en mettant sur le marché leur MIUF, car les dangers inhérents à ces différents produits, s'ils en comportaient, n'étaient pas connus à l'époque.

13. Pour une étude du mérite de certains moyens de défense pouvant être soulevés par un pollueur, voir M. LUSSIER, « De certaines notions et recours de droit civil en matière de responsabilité environnementale extracontractuelle », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 1, aux pages 59 à 71.

14. Voir à ce sujet M. BÉLANGER, « La faute civile en matière de responsabilité pour dommages environnementaux », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 1, p. 149.

15. Voir *Berthiaume c. Val Royal Lasalle Ltée et als*, [1992] R.J.Q. 76 (C.S.). Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel dans : [1995] R.J.Q. 2796.

La victime qui se trouve incapable de surmonter les difficultés relatives à la preuve de la commission d'une faute¹⁶ n'est pas pour autant dépourvue de recours. Elle dispose en effet d'autres moyens juridiques pour invoquer la responsabilité du pollueur, tels que la responsabilité découlant du fait des biens (art. 1465, 1467 et 1468 C.c.Q.), des troubles du voisinage (art. 976 C.c.Q.) et du régime hydrique relatif à l'utilisation de l'eau (art. 982 C.c.Q.).

Ces différents recours de droit civil ayant été à maintes reprises examinés dans un contexte de responsabilité environnementale¹⁷, nous n'avons pas l'intention d'en analyser ici les mécanismes. Il importe toutefois de mentionner que l'objectivité de la responsabilité prévue dans ces dispositions ne permet pas de conclure à une adaptation du régime traditionnel de la responsabilité civile à la réalité des problèmes environnementaux. En effet, les difficultés de preuve en ce qui concerne l'établissement d'un lien de causalité entre les gestes faits par le présumé responsable et le dommage, l'exigence du caractère direct et certain de ce dernier de même que la possibilité d'une exonération de responsabilité demeurent et contribuent, entre autres éléments, à l'échec des poursuites intentées devant les tribunaux¹⁸.

Enfin, soulignons les limites temporelles auxquelles est assujetti le régime traditionnel de la responsabilité civile. En vertu de l'article 2925 C.c.Q., les recours judiciaires fondés sur les articles dont nous avons fait état se prescrivent par trois ans. L'article 2926 C.c.Q. prévoit néanmoins que, pour le droit d'action résultant d'un préjudice qui se manifeste graduellement ou tardivement, les trois ans courent à compter du jour où le préjudice apparaît pour la première fois.

Aussi le législateur québécois a-t-il voulu remédier à cette insuffisance du régime de la responsabilité de droit commun en instituant, par l'adoption de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, un régime statutaire de responsabilité du pollueur. Même si la relation entre ce régime et l'application des règles de la responsabilité civile du droit commun n'a pas été spécifiée par le législateur, il est possible d'affirmer que la *Loi sur la qualité de*

16. Pour une critique de la notion de faute au regard du droit de l'environnement, voir notamment O. NADON, « La responsabilité du pollueur et l'évolution de la notion de faute », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 141, aux pages 144 à 148 ; M. BÉLANGER, *loc. cit.*, note 14, 155 et suiv.

17. Voir, entre autres, M. BÉLANGER, *loc. cit.*, note 14 ; M. LUSSIER, *loc. cit.*, note 13 et A. PRÉVOST, « Les dommages en droit de l'environnement », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 1, p. 205.

18. Voir à ce sujet M. BÉLANGER, *loc. cit.*, note 14, et A. PRÉVOST, *loc. cit.*, note 17.

l'environnement prévoit un régime de responsabilité civile pour les dommages environnementaux. Comme le souligne la professeure Hélène Trudeau :

On peut tout de même sans doute affirmer que les dispositions de la loi prévoient un régime de responsabilité civile pour dommages de pollution. Maryse Grandbois précise ainsi que « cette loi constitue la première véritable intervention gouvernementale en matière de responsabilité civile pour fait de pollution au Québec. À ce titre, elle peut modifier considérablement [le] régime traditionnel de responsabilité civile¹⁹ ».

Les modifications apportées par la *Loi sur la qualité de l'environnement* ayant une incidence directe sur l'ampleur du risque supporté par les assureurs, il convient d'en examiner la teneur.

1.2 La responsabilité statutaire du pollueur : la portée de la prohibition générale de polluer prévue dans l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*

Notre étude de la *Loi sur la qualité de l'environnement* se limitera ici à l'examen de la prohibition générale de polluer édictée à son article 20²⁰. L'étude de ce mécanisme fondamental permettra de constater l'importance des changements apportés au régime traditionnel de la responsabilité civile des entreprises à l'égard du risque environnemental supporté par celles-ci.

L'article 20 LQE se lit comme suit :

Nul ne doit émettre, déposer, dégager ou rejeter ni permettre l'émission, le dépôt, le dégagement ou le rejet dans l'environnement d'un contaminant au-delà de la quantité ou de la concentration prévue par règlement du gouvernement.

La même prohibition s'applique à l'émission, au dépôt, au dégagement ou au rejet de tout contaminant, dont la présence dans l'environnement est prohibée par règlement du gouvernement ou est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens.

-
19. H. TRUDEAU, « La responsabilité civile du pollueur : de la théorie de l'abus de droit au principe du pollueur-payeur », (1993) 34 C. de D. 783, 800-801. Cette dernière fait référence à l'article de M. GRANDBOIS, « « Pollueur-payeur » ? La nouvelle législation québécoise sur la décontamination de l'environnement », (1991) 51 R. du B. 173, 178. Sur l'interrelation entre les recours statutaires civils et le droit commun, voir M. BÉLANGER, *loc. cit.*, note 14, 176 et suiv., et M. LUSSIER, *loc. cit.*, note 13, 91-98.
 20. Pour une étude sur la portée de cet article, voir M. PAQUET, « Les prohibitions de l'article 20 », dans R. DAIGNEAULT et M. PAQUET, *L'environnement au Québec — Commentaires*, Farnham, Publications CCH/FM, p. 2001, aux pages 2001-2293 ; L. GIROUX, « La *Loi sur la qualité de l'environnement* : grands mécanismes et recours civils », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 16, p. 263, aux pages 263-349.

À la lumière de ce libellé, une condamnation pour le non-respect de la prohibition générale de polluer nécessite la preuve des trois éléments suivants : la présence d'un contaminant, la définition de la notion d'« environnement » et la conduite illégale.

Les deux premiers éléments renvoient aux définitions prévues par le législateur. C'est à l'article 1 (5) LQE qu'est définie la notion de « contaminant » : « une matière solide, liquide ou gazeuse, un micro-organisme, un son, une vibration, un rayonnement, une chaleur, une odeur, une radiation ou toute combinaison de l'un ou l'autre *susceptible d'altérer de quelque manière la qualité de l'environnement* [l'italique est de nous] ».

L'emploi du terme « susceptible » dans la définition de contaminant fait en sorte qu'il n'est pas nécessaire de prouver la réalité de la contamination à la suite d'un rejet : la potentialité d'une contamination est suffisante²¹. Les difficultés liées à la preuve du caractère certain du préjudice sont donc éliminées.

De plus, les termes de la définition précisent bien que ce doit être la qualité de l'environnement qui pourrait être altérée et non l'environnement lui-même²². Par conséquent, un pollueur ne pourrait invoquer l'argument selon lequel le milieu récepteur était déjà contaminé ou que d'autres contrevenants le polluent aussi.

L'article 1 (4) LQE définit ainsi la notion d'« environnement » : « l'eau, l'atmosphère et le sol ou toute combinaison de l'un ou l'autre ou, d'une manière générale, le milieu ambiant avec lequel les espèces vivantes entretiennent des relations dynamiques ».

Pour ce qui est de la conduite illégale, la lecture de l'article 20 révèle trois volets distincts quant à la prohibition générale de polluer l'environnement. Comme le mentionne le professeur Giroux :

La Loi prohibe d'abord le rejet dans l'environnement d'un contaminant au-delà de la quantité ou de la concentration prévue par règlement. Elle défend ensuite le rejet d'un contaminant dont la présence dans l'environnement est prohibée par règlement.

Enfin, l'article contient une prohibition de rejet de tout contaminant dont la présence « est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens²³ ».

21. *Saint-Luc c. Clément*, [1992] R.J.Q. 2167 (C.S.). Une abondante jurisprudence existe sur ce point précis : voir M. PAQUET, *loc. cit.*, note 20, 2091-2092.

22. L. GIROUX, *loc. cit.*, note 20, 270-271.

23. *Id.*, 274 ; les citations présentes dans la version originale ont été volontairement omises. Sur la portée de l'article 20 et de l'infraction qui consiste à y contrevenir, voir *Québec (P.G.) c. Services environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée*, [1995] R.J.Q. 377 (C.A.).

À cet égard, mentionnons que la Cour d'appel a interprété restrictivement l'article 20 LQE en refusant d'appliquer son troisième volet aux cas englobés dans les deux premiers volets²⁴.

Ainsi, la preuve de la commission d'une faute par le pollueur n'est pas nécessaire pour que l'article 20 LQE trouve application, contrairement au régime général de la responsabilité civile énoncé dans l'article 1457 C.c.Q.

Le non-respect de la prohibition énoncée dans l'article 20 LQE donne lieu à des sanctions tant civiles que pénales²⁵. En raison de leur exclusion de la couverture d'assurance, notre examen des sanctions pénales sera très succinct.

Sur le chapitre des sanctions civiles, soulignons d'abord le pouvoir d'ordonnance conféré au ministre de l'Environnement²⁶. Ce recours administratif, qui existe depuis 1972 dans la *Loi sur la qualité de l'environnement*, a été considérablement élargi au fil des modifications apportées à cette dernière. Le pouvoir d'ordonnance, tel qu'il était à l'origine, se trouve dans l'article 25 LQE :

Lorsqu'il constate la présence d'un contaminant visé à l'article 20, le ministre peut ordonner au responsable de la source de contamination de cesser définitivement ou temporairement ou de limiter, selon les conditions qu'il impose, l'émission, le dépôt, le dégagement ou le rejet de ce contaminant.

À titre d'exemple de l'élargissement de ce recours, signalons, à la section IV.2.1 de la LQE²⁷, le pouvoir du ministre de l'Environnement de rendre une ordonnance de caractérisation de l'environnement²⁸ ou une ordonnance de décontamination de l'environnement²⁹ à l'encontre de quiconque y a « émis, déposé, dégagé ou rejeté », « en tout ou en partie », un contaminant illégal.

Il convient également de souligner la portée rétroactive de ce pouvoir d'ordonnance qui peut concerner des gestes faits avant le 22 juin 1990. Dans ce contexte, les limites temporelles du régime traditionnel de la responsa-

24. *Alex Couture c. Piette*, [1990] R.J.Q. 1262 (C.A.).

25. Sur les différents recours en droit de l'environnement, voir M. PAQUET, « Les recours de l'administration », dans R. DAIGNEAULT et M. PAQUET, *op. cit.*, note 20, p. 10001, à la page 10282, ainsi que les textes suivants dans le même ouvrage : P. HALLEY, « Les recours pénaux » (p. 10251, à la page 10282) et M. PAQUET, « Les recours des justiciables » (p. 11001-11261).

26. Pour plus de détails sur le pouvoir d'ordonnance, voir L. GIROUX, *loc. cit.*, note 20, 323.

27. Il est à noter que le régime de décontamination et de restauration des sols prévu dans les articles 31.46 à 31.51 n'est toujours pas en vigueur. Sur cette section de la L.Q.E., voir H. TRUDEAU, *loc. cit.*, note 19.

28. L.Q.E., art. 31.42.

29. *Id.*, art. 31.43.

bilité civile ne peuvent faire obstacle à la prise en charge par les entreprises des conséquences dommageables de leurs activités polluantes.

Toujours sur le chapitre des sanctions civiles, la *Loi sur la qualité de l'environnement* prévoit, dans l'article 19.2, la possibilité d'un recours en injonction pour empêcher tout acte ou toute opération portant atteinte ou pouvant porter atteinte au droit à la qualité de l'environnement³⁰. Ce recours judiciaire peut être exercé même en l'absence d'une ordonnance prévue dans l'article 25 LQE³¹. Comme le fait remarquer Lorne Giroux, le droit accordé par l'article 19.2 LQE est relatif : « La terminologie utilisée par le législateur aux articles 19.1, 19.3 et 19.7 est à l'effet que ce droit d'intervention accordé de façon libérale en faveur du public n'existe que dans le cas de violation de la *L.Q.E.* et des règlements adoptés sous son empire³². »

Nous avons vu que la violation de l'article 20 LQE peut également entraîner une poursuite pénale³³. Celle-ci se prescrit par deux ans à compter de la commission de l'infraction³⁴. L'article 106.1 LQE prévoit qu'une entreprise pourra se voir infliger une amende d'au moins 6 000 \$ et d'au plus 250 000 \$ dans le cas d'une première infraction, une amende d'au moins 50 000 \$ et d'au plus 1 000 000 \$ dans le cas d'une récidive et une amende d'au moins 500 000 \$ et d'au plus 1 000 000 \$ pour une récidive additionnelle. Cette disposition doit se lire en relation avec le premier alinéa de l'article 110 LQE, qui énonce ceci : « Lorsqu'une infraction visée aux articles 106 à 109 se poursuit durant plus d'un jour, elle constitue une infraction distincte pour chaque jour durant lequel elle se poursuit. »

À la lumière des dispositions précédemment énoncées, il est indéniable que la *Loi sur la qualité de l'environnement* favorise la prise en charge par les entreprises des atteintes à l'environnement résultant de leurs activités

30. Pour une étude approfondie de ce recours, voir L. GIROUX, *loc. cit.*, note 20, 331.

31. *Québec (P.G.) c. Société du Parc industriel du centre du Québec*, [1979] C.A. 357, 361.

32. L. GIROUX, *loc. cit.*, note 20, 325.

33. Pour les aspects relatifs au droit pénal, voir notamment : P. HALLEY, « Les recours pénaux », dans R. DAIGNEAULT et M. PAQUET, *op. cit.*, note 20, p. 10251-10282 ; P. HALLEY, « Les accidents de pollution en droit pénal de l'environnement », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 13, p. 261 ; M.-A. FABIEN, « Développements récents en droit pénal de l'environnement », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 63-99 ; M.-A. FABIEN, « Le droit pénal et réglementaire en matière environnementale », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 1, p. 45, aux pages 45-76.

34. L.Q.E., art. 110.1.

polluantes. Par conséquent, l'assureur qui décide d'offrir une couverture pour le risque environnemental s'expose à un nombre plus élevé de réclamations, desquelles seront exclus, rappelons-le, les cas de faute intentionnelle de l'assuré de même que les condamnations pénales. Il faut aussi considérer que l'obligation de défendre³⁵ peut représenter une part importante des frais engagés par l'assureur qui garantit ce type de risque.

Il est donc vital pour l'industrie de l'assurance de bien circonscrire les conditions d'assurabilité du risque environnemental. Une telle limitation nécessite, dans un premier temps, l'examen de l'adéquation du rôle traditionnel de l'assurance de responsabilité à l'égard de ce type de couverture. Dans cette partie de notre réflexion, les éléments afférents à la technique de l'assurance seront abordés, soit les conditions nécessaires à la garantie, les exclusions ainsi que l'indemnisation des victimes.

2 Le rôle traditionnel de l'assurance de responsabilité

2.1 La garantie de l'assurance de responsabilité

Selon le libellé de l'article 2396 C.c.Q., l'assurance de responsabilité « a pour objet de garantir l'assuré contre les conséquences pécuniaires de l'obligation qui peut lui incomber, en raison d'un fait dommageable, de réparer le préjudice causé à autrui ». Plus particulièrement, l'assurance de responsabilité civile environnementale permet une indemnisation des victimes de sinistres de pollution sans que la survie financière de l'entreprise qui en est à l'origine soit mise en péril.

À l'instar des autres types d'assurances, l'assurance de responsabilité est une mise en commun des risques par la mutualité³⁶. C'est cette dernière qui permet de neutraliser le risque en le diluant parmi les adhérents, de telle sorte que le poids de celui-ci devienne pratiquement insignifiant pour chacun d'entre eux. La notion de mutualité se définit comme suit : « un

35. L'article 2503 C.c.Q. énonce :

L'assureur est tenu de prendre fait et cause pour toute personne qui a droit au bénéfice de l'assurance et d'assumer sa défense dans toute action dirigée contre elle. Les frais et dépens qui résultent des actions contre l'assuré, y compris ceux de la défense, ainsi que les intérêts sur le montant de l'assurance, sont à la charge de l'assureur, en plus du montant d'assurance.

Selon la jurisprudence, cette obligation est déclenchée dès lors que la police d'assurance paraît couvrir le dommage et que les allégations de la demande principale semblent viser un cas prévu dans la police. Voir, à cet égard, l'arrêt *Compagnie d'assurance Wellington c. M.E.C. Technologie inc.*, [1999] R.J.Q. 443 (C.A.).

36. M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, t. 1, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 18.

groupement de risques présentant certains caractères de dispersion, d'homogénéité et de fréquences, risques que l'assureur doit, en s'inspirant de la loi des grands nombres, sélectionner pour pouvoir en effectuer la répartition et la compensation suivant des données statistiques³⁷ ».

L'examen des composantes de la mutualité nous permettra de mieux circonscrire en quoi le risque environnemental se démarque des risques faisant habituellement l'objet d'une couverture d'assurance, telle la responsabilité résultant des accidents d'automobiles.

2.1.1 La dispersion des risques

La dispersion ou la dissémination des risques est imposée par le principe même de la mutualité, car elle est essentielle à l'équilibre entre les primes encaissées et les indemnités à payer. Comme l'expliquent les auteurs Picard et Besson :

Il faut d'abord que les risques envisagés soient *dispersés* ou *disséminés*. On entend par là la nécessité de grouper une multitude de risques dont une minorité seulement se réalisera. Puisque ce sont les contributions minimales payées par les assurés qui permettent le versement aux sinistrés des sommes dues, il faut une disproportion énorme entre le nombre des risques et le nombre des sinistres. Les risques doivent être suspendus sur une multitude de personnes ou de choses, mais il faut qu'ils n'en frappent qu'un petit nombre ou tout au moins qu'ils ne les frappent pas toutes en même temps et dans la même mesure³⁸.

En matière environnementale, l'impossibilité d'assurance résultant du manque de dispersion des risques s'applique principalement à certains cataclysmes naturels nettement localisés comme les tremblements de terre, les ouragans ou encore les éruptions volcaniques qui frappent toujours les mêmes régions³⁹.

En ce qui a trait au risque environnemental engendré par les entreprises, les assureurs ne pouvant compter sur une dispersion à l'égard des grands risques de pollution, tels les dommages imputables à une substance radioactive ou aux marées noires⁴⁰, en raison de la généralité de leur réalisation, ces derniers sont donc inassurables.

37. *Ibid.*

38. *Id.*, p. 21.

39. *Ibid.*

40. Notons qu'il existe cependant une assurance particulière couvrant le risque nucléaire et la responsabilité imposée par la *Loi sur la responsabilité nucléaire*, L.R.C. (1985), c. N-28. Voir J.M. ST-DENIS, *loc. cit.*, note 1, 279.

2.1.2 L'homogénéité des risques

Non seulement l'assureur doit regrouper un très grand nombre d'individus pour mettre leurs risques en commun, mais il faut aussi que ces risques soient homogènes, c'est-à-dire qu'ils présentent une commune mesure. L'homogénéité des risques est une condition de l'égalité entre les membres du groupement⁴¹ ; sans elle, les assurés présentant un risque important pourraient faire supporter le fardeau des primes par les autres assurés.

L'homogénéité des risques doit aussi être réalisée à divers niveaux : la nature, l'objet, la valeur et la durée des risques doivent être semblables afin qu'il y ait un équilibre entre les revenus et les dépenses de la mutualité⁴².

L'homogénéité des risques quant à leur nature exige de ne grouper ensemble que des risques de nature semblable, ce qui pose plusieurs problèmes en matière d'assurance des atteintes à l'environnement. Mentionnons tout d'abord l'incertitude juridique entourant la responsabilité environnementale. Nous avons vu qu'auparavant les poursuites civiles engagées à la suite de dommages environnementaux étaient fondées sur les principes généraux de la responsabilité civile. Avec le temps, la sensibilité du public à l'égard de la protection de l'environnement s'est accrue, ce qui a causé un élargissement du régime traditionnel de responsabilité civile. Ce dernier s'est traduit par l'adoption de lois comme la *Loi sur la qualité de l'environnement*, qui régissent précisément la responsabilité environnementale et qui sont fondées sur le principe du « pollueur-payeur⁴³ ».

La prise de conscience de l'importance de protéger l'environnement étant de plus en plus répandue, il est raisonnable de prévoir que les gouvernements devront continuer de répondre aux pressions de l'opinion publique en augmentant la sévérité des sanctions réservées aux pollueurs. Une telle tendance n'est pas de nature à faciliter la tâche des assureurs qui doivent s'efforcer de prévoir les réformes législatives⁴⁴.

41. M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 36, p. 22.

42. *Id.*, p. 23.

43. La professeure H. TRUDEAU, *loc. cit.*, note 27, 786, définit ainsi ce concept :

Le principe du pollueur-payeur est un principe économique qui favorise le recours aux lois de l'économie de marché pour assurer la protection de l'environnement. Il signifie que, idéalement, le prix d'un bien sur le marché doit refléter les coûts de la pollution, ou coûts sociaux, engendrés dans la production de ce bien ; on parle alors d'internalisation des coûts externes. Ces coûts comprennent les dommages subis par les éléments de l'environnement (eau, sol, faune, flore, écosystème, etc.) et par les êtres humains (dommages aux biens, à la personne).

44. Sur l'incertitude du droit de la responsabilité civile environnementale, voir J. LEYGONIE et X. MATHARAN, « L'assurance du risque environnement », (1994) 20 *D.P.C.I.* 238, 256 et suiv. ; L.A. REYNOLDS, *loc. cit.*, note 1, 131 et suiv.

Une autre difficulté pour les assureurs sur ce chapitre réside dans la disparité des demandes puisque les entreprises représentant un grand risque pour l'environnement vont davantage rechercher ce type de couverture que celles qui sont à moindre risque. Outre qu'il cause un grand risque de perte pour l'assureur, un tel déséquilibre entraîne des primes très élevées pour les assurés. Il appert toutefois que la hausse de la demande pour l'assurance environnementale que connaît actuellement le marché canadien de l'assurance a eu pour effet d'abaisser les primes⁴⁵.

L'évaluation de la valeur du risque environnemental représente un autre problème de taille pour les assureurs. En effet, comment est-il possible de chiffrer le coût approximatif d'un sinistre de pollution alors qu'à eux seuls les frais liés à la remise en état des lieux varient en fonction d'une multitude de variables telles que la nature du milieu contaminé et celle des contaminants ?

Pareille situation mène au constat suivant : même si l'assureur a recours à la réassurance et à la coassurance, la détermination d'un plafond par sinistre de même que celle d'un plafond pour l'ensemble des sinistres d'une entreprise s'avèrent essentielles à sa survie financière.

La nécessité d'une homogénéité concernant la durée des risques couverts suscite aussi des difficultés pour l'assureur en raison de la nature même de la pollution. Celle-ci pouvant prendre beaucoup de temps à s'installer et à se manifester (pollution graduelle), il peut se révéler ardu, voire impossible, de déterminer le moment exact de sa survenance⁴⁶. Le cas d'un réservoir d'essence légèrement fissuré qui cause une infiltration de carburant dans le sol illustre bien ce problème⁴⁷. De là vient la difficulté de déterminer quelle police d'assurance était en vigueur au moment du sinistre. Ce problème se pose avec encore plus d'acuité dans les cas où la législation en matière environnementale a été modifiée de manière à être applicable rétroactivement⁴⁸.

La solution à ce problème pour les assureurs consiste, d'une part, à exclure la pollution graduelle des polices et d'autre part à proposer des contrats d'assurance « sur la base des réclamations » (*claims-made*). Ce

45. R. MAXWELL, *loc. cit.*, note 8, 10.

46. Sur les différentes théories afférentes à la détermination de l'événement déclencheur de la couverture, voir la décision *Allstate du Canada, Compagnie d'assurances c. Assurance Royale du Canada*, [1994] R.J.Q. 2045 (C.S.), confirmée en appel : C.A.M. 500-09-001011-949, 1^{er} novembre 1999, jj. Rousseau-Houle (dissidente), Nuss et Robert.

47. À titre d'illustration, voir l'affaire *La Compagnie d'assurance du Québec c. Groupe Pétrolier Nirom inc.*, précitée, note 6.

48. À titre d'exemple, voir l'article 31.43 L.Q.E.

type de couverture leur permet de refuser l'indemnisation des victimes pour les dommages résultant du passé connu et pour ceux qui sont survenus après la période de garantie du contrat puisqu'elle exige que le sinistre se produise au cours de la période de validité du contrat et que la réclamation soit présentée pendant la même période⁴⁹.

2.1.3 La fréquence des sinistres

La fréquence des sinistres constitue une donnée technique indispensable pour l'assurance. Le nombre de fois où le risque se réalise permettra de dégager une loi des probabilités pour l'avenir et ainsi d'établir une tarification des primes. Comme l'expliquent les auteurs Picard et Besson :

[...] l'assurance n'est techniquement possible que pour des risques, qui, envisagés dans l'espace et dans le temps, se réalisent avec une certaine fréquence ; il faut une certaine régularité des sinistres pour que, d'un point de vue général, le hasard puisse être considéré comme une certitude au moins relative.

[...] Il en résulte que les risques qui se réalisent trop rarement sont inassurables, car il est impossible de dresser une statistique [...] En revanche, s'ils se réalisent trop fréquemment, l'évaluation en est certes possible, mais l'assurance est alors impossible, spécialement du point de vue économique, car le prix en serait trop lourd pour l'assuré⁵⁰.

Dans le cas des sinistres de pollution, les assureurs ne disposent pas encore de données statistiques suffisamment étayées leur permettant d'en déterminer la fréquence puisque le risque environnemental est un risque nouveau. Et même si de telles statistiques existaient, la fréquence des sinistres de pollution ne pourrait que demeurer une donnée relativement incertaine. En effet, lorsque la rapidité de l'actuelle évolution technologique et l'ignorance de l'ampleur du risque de pollution que représentent certaines substances et activités sont jumelées, elles empêchent la récolte de toutes les données permettant de circonscrire ce type de risque avec un degré de précision satisfaisant.

Comme l'explique la professeure Martine Rémond-Gouilloud :

La spécificité du risque d'environnement tient donc à son ampleur potentielle : non seulement les accidents d'environnement, marées noires, problèmes nucléaires, peuvent se montrer catastrophiques, mais, en outre, le moindre incident est susceptible de dégénérer ici en accident majeur : telle la fuite de tel liquide toxique, indécélérée, qui contamine une nappe phréatique. L'incertitude se conjugue donc à la gravité potentielle des dommages : le risque est majeur⁵¹.

49. Pour une explication de la théorie des polices « sur la base des réclamations », voir l'arrêt *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252.

50. M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 36, p. 24.

51. M. RÉMOND-GOUILLOUD, « Du risque à la faute », *Risques*, vol. 11, 1992, p. 23.

En somme, le risque de pollution est une source d'incertitude pour les assureurs. Or, nous avons vu que la technique de l'assurance est l'antithèse de l'incertitude puisqu'elle ne peut exister que pour des risques dans le cas desquels le hasard peut être mesuré⁵². Cet état de fait entraîne non seulement la nécessité pour l'assureur de fixer un plafond de couverture, mais il oblige celui-ci à intégrer certaines exclusions dans les contrats.

2.2 Les exclusions

L'article 2464 C.c.Q. circonscrit en ces termes la matière assurable de l'assurance de responsabilité : « L'assureur est tenu de réparer le préjudice causé par une force majeure ou par la faute de l'assuré, à moins qu'une exclusion ne soit expressément et limitativement stipulée dans le contrat. Il n'est toutefois jamais tenu de réparer le préjudice qui résulte de la faute intentionnelle de l'assuré. »

Cette disposition laisse entrevoir les limites de la couverture et, par conséquent, les moyens dont disposent les assureurs pour exclure certains risques. Nous avons déjà fait état de la difficulté des assureurs à quantifier les risques environnementaux, notamment en raison de leur imprévisibilité. À cet égard, l'exclusion s'avère donc un moyen efficace pour contrer ce problème. Comme le conclut Claude Delpoux : « Doivent être considérés comme inassurables les risques qui échappent à toute possibilité de quantification globale (défaut de prévisibilité au niveau général) et ceux qui échappent à toutes possibilités de mutualisation (du fait de l'absence ou de l'insuffisance d'aléa au niveau particulier)⁵³. »

Selon le même auteur⁵⁴, les risques énumérés et décrits ci-dessous remplissent ces critères et, conséquemment, doivent être exclus de la couverture d'assurance.

52. M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 36, p. 24.

53. C. DELPOUX, « Responsabilité civile du fait des atteintes à l'environnement : les réponses actuelles de l'assurance », *Gaz. Pal.* 1^{er} sem. 1994, 558, 559.

54. La doctrine portant sur ce sujet abonde d'ailleurs dans le même sens. Voir S. FAVIER et autres, « Les atteintes à l'environnement », (1998) 36 *L'Argus* 5, 15 et suiv. ; J. DEPRIMOZ, *loc. cit.*, note 9, 5 ; CONSEIL GÉNÉRAL DES PONTS ET CHAUSSEES, *L'apport de l'assurance à la prévention et à la réparation des atteintes portées à l'environnement par M. Fortin*, rapport présenté au ministre de l'Environnement, Paris, 1994 (ci-après cité : « rapport Fortin »).

2.2.1 Les dommages écologiques

Le « dommage écologique » correspond au préjudice qui résulte d'une atteinte au milieu naturel, à l'une de ces ressources qui sont nécessaires à tous, telles que l'air, l'eau, le sol, la flore et la faune⁵⁵.

L'impossibilité de quantifier ce type de dommages ainsi que leur intangibilité constituent des obstacles de taille à leur assurabilité. Isabelle Créteaux résume ainsi cette difficulté :

La question de la quantification des dommages est également délicate, puisque les différents composants du dommage écologique sont tous difficiles à appréhender.

Il peut s'agir d'un dommage purement moral, créé, par exemple, par la disparition d'une espèce animale sauvage et, dans ce cas, qui peut prétendre à l'indemnisation : le cercle plus ou moins réduit des riverains du site géographique où évoluait l'espèce, un cercle plus large, par exemple les habitants de la région, du pays, voire du continent où vivait principalement l'espèce en question ? Doit-on, dans la vision la plus extensive, indemniser l'ensemble de l'Humanité du préjudice purement immatériel que constitue pour elle cette perte ? Compte tenu du caractère très peu maîtrisable de ces notions, il apparaît difficile de prévoir une couverture d'assurance suffisante, et surtout d'en chiffrer le coût⁵⁶.

Un autre motif justifiant l'impossibilité de couverture du préjudice écologique se rattache à l'incertitude de l'étendue de sa réparation dans les cas d'exécution en nature. En effet, il est légitime de s'interroger sur le niveau de décontamination à atteindre, considérant qu'il peut être impossible de remettre l'environnement dans l'état où il se trouvait avant d'être atteint par des substances polluantes. L'exemple du pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Environnement à l'égard du seuil de décontamination à atteindre dans le cadre d'une ordonnance de décontamination (art. 31.43 LQE) illustre bien cette incertitude.

Enfin, la non-assurabilité de ce type de dommages s'explique par la difficulté d'établir sa certitude en raison de la méconnaissance de la capacité de régénération du milieu naturel⁵⁷.

55. G. VINEY, « Le préjudice écologique », (1998) 5 *Resp. Civ. et Ass.* 6, 6-7. Voir également M. RÉMOND-GOUILLOU, « La réparation du préjudice écologique », dans C. HUGLO et J. DE MALAFOSSE (dir.), *Juris-Classeur Environnement, Pollution et nuisances — contentieux*, t. 3, fascicule 1060, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 1998, p. 1.

56. I. CRÉTEAUX, « L'évaluation des atteintes au milieu naturel », *Assurances*, vol. 67, 1999, p. 375.

57. G. VINEY, *loc. cit.*, note 55, 6-7.

2.2.2 Les dommages résultant d'un risque de développement

Les risques que l'état actuel des connaissances scientifiques et techniques ne permettent pas de déceler sont de nature imprévisible et indéterminée. Ces risques n'étant pas quantifiables, ils ne sont donc pas assurables⁵⁸. À cet égard, un parallèle s'impose avec l'article 1473 (2) C.c.Q. qui permet au fabricant de s'exonérer de sa responsabilité du fait des produits en pareille situation.

Puisqu'il s'agit d'un risque inhérent aux progrès technologiques, nous sommes d'avis que les dommages qui en résultent devraient être à la charge de la collectivité.

2.2.3 Les dommages hérités du passé (« pollution historique »)

À défaut de constituer un événement imprévisible, la pollution historique doit être exclue de la couverture d'assurance. Comme nous l'avons déjà mentionné, un des moyens à la disposition des assureurs pour éviter la couverture de ce type de dommages est d'offrir une police « sur la base des réclamations ». Cette volonté d'écarter la reprise du passé connu comporte toutefois la difficulté suivante : comment distinguer les dommages hérités du passé de ceux qui résultent d'activités commises dans le passé mais dont les conséquences ne sont pas encore réalisées⁵⁹ ?

Le rapport Fortin illustre ainsi cette difficulté :

Lorsqu'une pollution ancienne n'est révélée qu'à la suite d'un événement accidentel, il n'est pas facile de déterminer le responsable. La saturation du terrain peut transformer un déversement normal en pollution grave. L'opérateur présent provoque ainsi un dommage. Le responsable n'est-il pas plutôt l'auteur de la pollution historique qui a permis par négligence ou méconnaissance l'accumulation des produits polluants⁶⁰ ?

Bien qu'il soit possible que la pollution ancienne soit très bien circonscrite et son expansion contrôlée, il est essentiel, pour que l'assureur la garantisse, qu'il obtienne le plus d'information possible sur le site d'exploitation de l'entreprise qui cherche à se protéger contre ce type de risque, tant au moyen de questionnaires que par des visites sur les lieux par des experts.

58. C. DELPOUX, *loc. cit.*, note 53, 559. Voir aussi S. FAVIER et autres, *loc. cit.*, note 54, 30.

59. C. DELPOUX, *loc. cit.*, note 53, 559, et J.-Y. COMBY, « L'assurabilité des risques pollution », *Risques*, vol. 11, 1992, p. 40.

60. CONSEIL GÉNÉRAL DES PONTS ET CHAUSSEES, *op. cit.*, note 54, p. 11.

À notre avis, la nature même du risque environnemental fait en sorte que l'obligation du preneur de déclarer le risque⁶¹ se trouve accentuée. En effet, il faut reconnaître que celui-ci est généralement mieux placé que l'assureur pour évaluer le risque de son entreprise puisqu'il possède des connaissances précises sur la nature des substances qu'il utilise et sur celle des procédés auxquels ces dernières sont soumises.

2.2.4 Les dommages résultant de la pollution générale

Puisqu'il est impossible de départager la part de responsabilité de chacun à l'égard des dommages résultant de la pollution liée aux activités de plusieurs entreprises, un tel risque ne peut être porté à la charge des assureurs. Les pluies acides, la perforation de la couche d'ozone, le réchauffement de la planète sont des exemples de ce type de dommages.

À l'instar des dommages résultant du risque de développement, les dommages provoqués par la pollution générale font partie, au même titre que les accidents du travail, des conséquences irrémédiables de l'industrialisation ; pour cette raison, nous estimons qu'il revient à l'ensemble de la population de les supporter.

2.2.5 Les dommages résultant du non-respect volontaire des mesures de prévention régissant le droit environnemental

Font partie de cette catégorie les dommages causés par des éléments manifestement dangereux pour l'environnement, tels que l'altération de l'équipement utilisé connue de l'assuré et à laquelle il n'a pas remédié, une mauvaise pratique connue des responsables de l'entreprise ou encore une infraction volontaire ou consciente de la réglementation. Dans la mesure où il est possible de les associer à la faute intentionnelle de l'assuré ou à une négligence grossière de sa part, ils ne sont pas assurables.

Le versement d'amendes s'inscrit également dans cette catégorie, sa non-assurabilité étant la conséquence du rôle dissuasif des sanctions pénales⁶².

2.2.6 Les dommages résultant de l'activité normale de l'entreprise

Le préjudice causé par une atteinte à l'environnement autorisée ou tolérée par les pouvoirs publics n'est pas assurable puisque le fait générateur qui lui est imputable est inévitable ; il ne revêt donc pas un caractère

61. Voir les articles 2408 à 2413 C.c.Q.

62. L'article 1411 C.c.Q. prévoit d'ailleurs que le contrat dont la clause est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public est nul.

aléatoire⁶³. Encore ici, il s'agit d'un type de dommage attribuable à la rançon du progrès technologique.

L'énumération de ces dommages non couverts nous mène à la conclusion suivante : le risque environnemental est un risque assurable, mais à des conditions bien précises⁶⁴. Avant de voir le mode d'évaluation du risque d'atteinte à l'environnement, examinons un dernier élément afférent à la technique de l'assurance : l'indemnisation des victimes.

2.3 L'indemnisation des victimes de dommages environnementaux

Nous avons déjà fait état de l'ampleur financière que peut prendre un sinistre de pollution : l'exemple du coût de la remise en état des lieux à la suite de la marée noire causée par l'*Exxon-Valdez* (5 milliards de dollars) en témoigne⁶⁵.

Cette situation entraîne, comme nous l'avons vu, un plafonnement de garantie de la part des assureurs. En conséquence, la charge financière excédant un tel plafond revient à l'entreprise, sans compter celle qui est liée au paiement de la franchise.

Une telle limitation de garantie, bien qu'elle soit essentielle à l'assurabilité du risque d'atteinte à l'environnement, constitue une source de problèmes majeurs puisque le droit à l'indemnisation intégrale de la victime s'en trouve compromis, de même que la santé financière — voire la solvabilité — de l'entreprise polluuse.

Comme le mentionne le rapport Fortin, « l'équation à résoudre est de garantir au mieux les victimes en conservant la solvabilité du système de couverture, afin que cette garantie ne soit pas formelle et illusoire⁶⁶ ». La clé de cette équation réside, entre autres choses, dans la quête d'un minimum de prévisibilité à l'égard du risque environnemental. Cela nous amène à traiter de la teneur de la démarche d'évaluation de ce type de risque et des conséquences qui y sont liées.

3 La démarche d'évaluation du risque environnemental

3.1 La description et l'objet de l'audit environnemental d'assurance

L'audit environnemental d'assurance constitue un moyen concret permettant de pallier l'incertitude inhérente au risque environnemental en ce

63. C. DELPOUX, *loc. cit.*, note 53, 559.

64. Voir R. MOREAU, *loc. cit.*, note 3, 89.

65. Ce montant est tiré de P. HALLEY, « La vérification environnementale : réflexions sur l'émergence des modes d'autorégulation », (1999) 40 *C. de D.* 591, 625.

66. CONSEIL GÉNÉRAL DES PONTS ET CHAUSSEES, *op. cit.*, note 54, p. 7.

qu'il permet à l'assureur d'apprécier les risques que l'exploitation de l'entreprise peut faire encourir aux tiers. Cette démarche, bien qu'elle soit effectuée dans une optique de détermination des conditions techniques d'assurabilité du risque, est similaire à celle de l'audit environnemental de l'entreprise, qui permet notamment à cette dernière d'améliorer ses performances environnementales, de prévenir les accidents écologiques et d'éviter les contraventions aux lois environnementales⁶⁷.

La doctrine française définit ainsi l'objet de l'audit environnemental d'assurance :

L'un des objectifs majeurs de l'audit est la détermination des conditions techniques d'assurabilité qui permettent ensuite à la compagnie d'assurance d'élaborer ses conditions de souscription en prenant en compte les besoins d'assurance du client (nature, montant et étendue des garanties, tarification, franchises, conditions particulières de garantie). Les conditions techniques d'assurabilité sont proposées par l'auditeur à la compagnie sur la base des résultats de l'audit, à savoir nature, montant, étendue des garanties et conditions particulières de garantie⁶⁸.

Par ce procédé, l'auditeur, qui est généralement un ingénieur pratiquant dans un domaine lié à l'environnement tel que la géologie, l'hydrologie, la chimie, la biochimie, l'agronomie, l'ingénierie chimique ou thermique⁶⁹, devra repérer et évaluer l'ensemble des risques d'atteinte à l'environnement sur le site de l'entreprise. Bien qu'elle ne soit pas exhaustive, cette étude devrait permettre à l'assureur de répondre aux questions suivantes⁷⁰ :

- 1) Quelles sont l'importance et la nature des principaux risques liés aux activités de l'entreprise ?
- 2) Quelle sera l'importance des conséquences à craindre ?
- 3) Quel est le niveau de prévention et de protection effectivement mis en place pour limiter le risque ?
- 4) Quels sont les risques inassurables, s'il y a lieu ?
- 5) Quels moyens peuvent être mis en place afin d'améliorer la situation ?

En pratique, les réponses à ces interrogations nécessitent l'examen des éléments suivants :

- 1) recension de la pollution historique ainsi que des mesures de surveillance et de contrôle qui en ont découlé ;

67. Pour un article sur le sujet, voir E. GIROUX, « L'entreprise et l'audit environnemental : perspectives de développement national et international dans les secteurs de l'environnement et du commerce », (1997) 38 C. de D. 71.

68. S. FAVIER et autres, *loc. cit.*, note 54, 15.

69. *Id.*, 17.

70. *Id.*, 16.

- 2) conformité de l'entreprise avec les prescriptions afférentes à ses activités (respect des normes d'émission de certains contaminants, présence des permis nécessaires, etc.) ;
- 3) état des relations de l'entreprise avec le voisinage et le personnel (contexte local tendu, existence de plaintes ou de menaces, réclamations en cours) ;
- 4) nature de l'environnement susceptible d'être atteint (eaux superficielles et souterraines, immeubles d'habitation, établissements publics, etc.) ;
- 5) méthode d'entreposage des déchets et des contaminants utilisés par l'entreprise ;
- 6) adéquation des équipements de l'entreprise ; et
- 7) existence d'une politique environnementale au sein de l'entreprise et modalités de sa mise en œuvre⁷¹.

Une fois l'examen de toutes ces données terminé, l'auditeur est en mesure d'apprécier globalement les points positifs de même que les faiblesses détectées en ce qui a trait à la gestion des risques de l'entreprise. Les conditions qu'il tirera à cet égard lui permettront, comme nous l'avons déjà mentionné, d'établir les conditions techniques d'assurabilité du risque.

Comme le souligne Jean-Yves Comby, la réunion de ces conditions d'assurabilité n'est que la première des trois étapes qui pourront mener à l'assurance du risque d'atteinte à l'environnement :

Mais la réunion de ces conditions d'assurabilité n'est que le premier pas d'un parcours qui rencontre deux autres obstacles difficiles : il faut mettre au point les conditions pratiques de cette assurance, c'est-à-dire rédiger une police et élaborer une tarification qui soit satisfaisante pour les deux partenaires. S'agissant de questions de responsabilité civile, c'est là une tâche très délicate qui nécessite le concours de juristes et d'assureurs très expérimentés. Le second obstacle est de trouver sur le marché la capacité d'assurance nécessaire. Sauf, dans le cas de niveaux de garantie très modestes, la fourniture de cette capacité impose la réunion d'assureurs et de réassureurs. Cette réunion est parfois problématique tant est grande la prudence et la vigilance dont chacun doit faire preuve dans un domaine toujours susceptible de s'emballer⁷².

En somme, l'audit environnemental d'assurance illustre bien à quel point la viabilité du marché de l'assurance des atteintes à l'environnement exige une dynamique unique concernant l'évaluation du risque pour bien

71. *Id.*, 16-19. Voir aussi J.-Y. COMBY, *loc. cit.*, note 59, 42, et C. JAIPUL, « Claim Cost Control — When it Comes to Environmental Claims, the Headlines may have Faded but the Problems Persist », *Can. Ins.*, vol. 12, 1999, p. 17.

72. J.-Y. COMBY, *loc. cit.*, note 59, 42.

le circonscrire et le prévenir. Cette dynamique nécessite à la fois une excellente coopération entre l'assureur et l'assuré⁷³ et une approche multidisciplinaire, puisque l'assureur se doit d'avoir recours à des spécialistes travaillant dans le domaine du droit ainsi que des techniques afférentes à l'environnement (hydrologie, géologie, agronomie, etc.)⁷⁴.

La gestion du risque environnemental par les assureurs n'est toutefois pas sans conséquence. C'est pourquoi la section 3.3 sera consacrée aux enjeux liés à la pratique de l'audit environnemental d'assurance, mais d'abord, la section 3.2 portera sur un exemple de l'intégration de ce modèle particulier d'évaluation du risque dans une démarche de souscription d'une police d'assurance.

3.2 Un exemple de l'intégration de l'audit environnemental d'assurance dans le processus de souscription d'une police d'assurance

Nous avons choisi l'exemple du Pool Responsabilité Civile Pollution — Québec afin de présenter une application concrète du modèle particulier d'évaluation du risque précédemment énoncé. Bien que les activités de ce groupement d'assureurs aient pris fin dès 1991, soit quatre ans après sa création, et même si l'assurance proposée ne pouvait que répondre partiellement aux besoins du marché, le mode de fonctionnement du Pool donne néanmoins une bonne idée de la forme que peut prendre l'assurance du risque environnemental à l'échelle de la réassurance⁷⁵.

Fondé en 1987 à la suite de la décision de l'industrie de l'assurance d'exclure complètement les conséquences résultant de la pollution des polices d'assurance de responsabilité civile générale des entreprises⁷⁶, le Pool regroupait une trentaine d'assureurs et se chargeait essentiellement de la réassurance des contrats d'assurance de responsabilité civile découlant des atteintes à l'environnement qui englobaient uniquement les lieux et les activités situés au Québec⁷⁷. Cet organisme était doté d'un comité technique qui avait approuvé un manuel contenant les tarifs et les règles devant être appliqués par ses membres, de même qu'une proposition d'assurance et un contrat standard.

73. *Id.*, 40.

74. *Ibid.* Voir dans le même sens R. MOREAU, *loc. cit.*, note 1, 315.

75. Pour un exemple français de ce type de couverture, voir les contrats du groupement ASSURPOL tels qu'ils sont expliqués notamment dans J. DEPRIMOZ, *loc. cit.*, note 9, 11 et suiv.

76. *Infra*, introduction.

77. S. HASBANI, « Le Pool responsabilité civile pollution — Québec », *Regards*, vol. 13, 1998, p. 33. Voir aussi le chapitre IV du contrat reproduit à l'annexe V de l'article de J.M. ST-DENIS, *loc. cit.*, note 1, 329.

Sur le chapitre des garanties, le Pool offrait une protection de 1 million de dollars par sinistre avec une limite de 2 millions par année⁷⁸. La garantie de base protégeait l'assuré contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile résultant d'un sinistre de pollution ayant débuté pendant la période de validité du contrat et ayant été découvert dans un délai de 120 heures⁷⁹. Comme nous l'avons vu précédemment, la clause des 120 heures a pour objet d'écarter la protection dans les cas de pollution graduelle.

Plusieurs exclusions venaient limiter la couverture, dont celles-ci :

G) La privation de jouissance, la détérioration, la destruction ou les frais de dépollution de tout lieu de dépôt de déchets⁸⁰ ;

[...]

J) Les dommages et les frais de dépollution occasionnés par un sinistre :

a) Ayant son origine sous la terre ou sous l'eau ;

b) Provenant de polluants qui, après avoir été enfouis sous terre ou dans l'eau, ont été exposés notamment par l'érosion ou des excavations⁸¹ ;

K) Les dommages corporels consistant en atteintes génétiques ou malformations congénitales⁸².

La méthode d'évaluation du risque utilisée par le Pool reposait sur une catégorisation des activités des entreprises dans laquelle les risques étaient divisés en sept groupes distincts. Voici quelques exemples d'activités rattachées aux diverses catégories :

Catégorie 1 : les exploitations agricoles, les plantations de tabac, etc. ;

Catégorie 2 : les immeubles de bureaux, l'entreposage de matériel de climatisation, de chauffage et de réfrigération, les magasins de détail et les écoles de formation professionnelle ;

Catégorie 3 : l'entreposage d'équipements et de pièces d'automobiles, le soudage et le découpage par les entrepreneurs, la teinturerie et le nettoyage à sec, la fabrication de meubles rembourrés sans emploi de produits chimiques ;

Catégorie 4 : les garages d'entretien d'autobus et d'automobiles, la fabrication de tableaux et de peintures, la fabrication d'aliments pour les animaux ;

Catégorie 5 : les entrepreneurs effectuant la réparation et la fabrication de bateaux, l'extrusion et le soufflage de matières plastiques, la fabrication de meubles rembourrés employant des produits chimiques, la fabrication de radios, télévisions, matériel audio et vidéo ;

78. J.M. ST-DENIS, *loc. cit.*, note 1, 290.

79. Voir le chapitre I, clause 1A) du contrat reproduit à l'annexe V de l'article de J.M. ST-DENIS, *loc. cit.*, note 1, 327.

80. *Id.*, chapitre I, clause 3G).

81. *Id.*, chapitre I, clause 3J).

82. *Id.*, chapitre I, clause 3K).

Catégorie 6 : l'entreposage d'herbicides, de pesticides et d'insecticides, la fabrication de pièces d'ascenseurs, d'automobiles, d'avions et de tapis ;

Catégorie 7 : la fabrication et la pulvérisation d'herbicides, d'insecticides et de pesticides, la fabrication de laque, de peinture et de vernis, de munitions et d'explosifs, etc.⁸³.

L'obligation d'inspection des lieux d'exploitation de l'entreprise était tributaire de cette catégorisation des risques, de même que la possibilité pour les membres d'accepter certaines souscriptions sans l'intervention du Pool⁸⁴. Toujours sur le chapitre de l'inspection, le contrat type prévoyait que l'assureur pouvait aller sur les lieux quand bon lui semblait et recommander des modifications pour maintenir ou améliorer l'assurabilité du risque environnemental⁸⁵.

La proposition constituait une autre source de renseignements essentielle à l'évaluation du risque. Ce document contenait diverses données qui portaient principalement sur la nature des activités de l'entreprise, ses antécédents en matière d'assurance et de pollution, sa conformité avec les règlements en matière environnementale, la nature de l'affectation des terrains avoisinants, la nature et la quantité de matières premières utilisées ainsi que leur mode d'entreposage⁸⁶.

Fort de ces données, le Pool était alors en mesure de prendre une décision éclairée quant à l'acceptation de la souscription. Dans la mesure où le risque était qualifié d'inacceptable, le Pool faisait part au membre des raisons à l'origine de cette décision ainsi que des modifications pouvant être apportées par le proposant en vue de rendre le risque assurable⁸⁷. À titre d'exemple, les éléments suivants entraînaient le rejet de la demande de souscription :

- 1) la présence de substances hautement toxiques sur le site d'exploitation de l'entreprise ;
- 2) des lacunes au niveau de l'entretien, de la manutention, des mesures de sécurité, du plan d'urgence en cas de sinistre ;
- 3) une conduite négligente de la part des dirigeants de l'entreprise ;
- 4) la constatation que les employés ne possèdent pas le niveau de compétence requis ;

83. S. HASBANI, *loc. cit.*, note 77, 37.

84. *Id.*, 34.

85. Voir la clause 15 du chapitre VI du contrat reproduit à l'annexe V de l'article de J.M. ST-DENIS, *loc. cit.*, note 1, 330-331.

86. Voir l'annexe V de l'article de J.M. ST-DENIS, *loc. cit.*, note 1, 320-325.

87. S. HASBANI, *loc. cit.*, note 77, 33.

5) la répétition de sinistres de pollution au sein de l'entreprise⁸⁸.

Malheureusement pour l'industrie de l'assurance québécoise, l'aventure du Pool s'est soldée par un échec. Les types de couvertures et les tarifs plus avantageux offerts par la concurrence ainsi que la prise en charge des risques de peu d'envergure par les assureurs de risques traditionnels seraient les principales raisons expliquant la dissolution de ce groupement en 1991.

Avant de conclure, examinons l'incidence de la gestion des risques d'atteinte à l'environnement par le mécanisme de l'assurance.

3.3 L'incidence de la gestion des risques environnementaux par les assureurs

Bien que la couverture d'assurance des atteintes à l'environnement ne soit possible que dans un cadre limité⁸⁹, il est indéniable qu'elle joue aujourd'hui un rôle économique important à l'égard de la mise en place et du développement des activités comportant un risque environnemental. Un récent article paru dans le périodique *Canadian Insurance* confirme d'ailleurs cette réalité :

Far and away the most visible trend reflects modern business activity as much as environmental conditions. The profusion of mergers and acquisitions that continues to sweep the insurance industry, and the Canadian economy as a whole, has given new scope to environmental coverage.

There is little dispute among industry experts that the use of an environmental insurance policy as a facilitating tool for financial transactions is the most evident development in the marketplace today⁹⁰.

Le fait que la viabilité de cette branche de l'assurance nécessite un contrôle technique préalable de même qu'un suivi attentif des mesures de prévention et de gestion de la pollution adoptées par les entreprises nous mène toutefois au constat que le rôle de l'assurance en matière environnementale ne peut être limité à la sphère économique. En effet, l'importance de la prévention au regard du risque de pollution a pour conséquence de faire déborder l'assurance du cadre de la simple indemnisation des victimes. À l'instar de la gestion des risques d'accidents du travail et d'accidents de la route, la gestion du risque environnemental comporte une importante dimension sociale.

88. *Ibid.*

89. R. MOREAU, *loc. cit.*, note 3, 89.

90. R. MAXWELL, *loc. cit.*, note 8, 10.

Il est vrai que la couverture des risques plus traditionnels tels l'incendie et le vol a déjà amené l'industrie de l'assurance à entreprendre des efforts sur le chapitre de la prévention. Comme le soulignent les auteurs Picard et Besson :

Quoique à un moindre degré que les éléments précédents, la prévention constitue une part non négligeable de la technique de l'assurance [...] Le problème de la prévention est certes un problème général qui déborde le domaine de l'assurance, car, même s'il n'y a pas assurance, il est de l'intérêt de la société tout entière que les risques ne se réalisent pas, que des dommages soient évités, les incendies prévenus ou rapidement éteints, les accidents réduits, les vies humaines préservées. Il n'en est pas moins vrai que les entreprises d'assurances sont directement intéressées à ce problème et que la prévention ne peut être absente de leur organisation rationnelle : en améliorant les risques, on rend plus favorables les résultats d'exploitation, et ce, au bénéfice de l'entreprise elle-même et de l'ensemble des assurés. La prévention se rattache toujours au but essentiel de l'assurance, à savoir la création de sécurité⁹¹.

Nous croyons toutefois que, en raison du courant de déréglementation qui règne actuellement dans le secteur de l'environnement au Québec⁹², la gestion du risque environnemental revient de plus en plus aux assureurs privés, laissant entrevoir des enjeux dont l'importance dépasse ceux de leur engagement sur le chapitre des risques classiques précédemment énoncés.

Dans le contexte du renouvellement de ses stratégies d'action en matière environnementale, le gouvernement québécois entend délaisser la réglementation des activités polluantes au profit d'ententes négociées avec les entreprises. Ces dernières porteront, entre autres, sur les éléments suivants : modes d'autocontrôle, prise de données, communication avec le ministère de l'Environnement, suivi environnemental, etc.⁹³. Ainsi, les assureurs qui couvrent le risque d'atteinte à l'environnement exercent une forme de contrôle sur les activités des entreprises en leur imposant certaines conditions afin de garantir leur indemnisation en cas de sinistre, et il n'y a qu'un pas à franchir pour affirmer qu'ils seront en meilleure position que le gouvernement pour faire respecter leurs exigences en matière environnementale...

91. M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 36, p. 27.

92. Voir à ce sujet MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA FAUNE, *Vision stratégique : 2) les choix stratégiques 1996-1998*, Sainte-Foy, Gouvernement du Québec, 1996 ; L. GIROUX, « Où s'en va le droit québécois de l'environnement ? », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 381 ; P. HALLEY, « Le droit, l'environnement et la déréglementation au Québec », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 1, p. 343.

93. MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA FAUNE, *op. cit.*, note 92, p. 14. Voir aussi P. HALLEY, *loc. cit.*, note 92.

D'autre part, même si les orientations de l'Administration publique québécoise ne prônaient pas la déréglementation du droit de l'environnement, il n'en demeurerait pas moins que les assureurs se verraient jouer un rôle de régulateur en cette matière. L'avocat Larry A. Reynolds fait d'ailleurs état de cette situation :

If the insurance industry decides to offer environmental impairment insurance under strict guidelines [...] insurers may effectively find themselves cast in the likely role of unofficial environmental regulators with respect to a significant portion of the environmental risk in Canada. That is, in applying risk management principles which determine whether an entity will obtain environmental impairment insurance, and if so, under what conditions, the insurance industry may in effect be imposing a new form of environmental regulation across Canada⁹⁴.

La reconnaissance de la fonction de substitut du législateur ou de palier législatif supplémentaire des assureurs en matière de protection de l'environnement pose le problème suivant : dans quelle mesure est-il possible de considérer comme bénéfique le fait qu'ils assument une telle responsabilité ? L'analyse de cette situation révèle qu'elle comporte à la fois des avantages et des inconvénients.

Concernant les avantages, Larry A. Reynolds énonce les éléments suivants :

First, this would ensure that environmental decisions would be based upon a loss-prevention rather than reactive management approach.

Second, in determining whether to provide environmental impairment insurance, the insurance industry will not only examine the nature and extent of the potential physical risk, it will also likely investigate the past record of the prospective insured.

Third, while the insurance industry is motivated by maximisation of profit rather than by environmental welfare, environmental regulation by a private entity such as insurance industry would preclude the political considerations made by government bodies⁹⁵.

Toujours selon cet auteur, les éléments suivants constituent des inconvénients :

First, as we have seen, the past experience of the insurance company in attempting to provide environmental impairment insurance has been fraught with difficulties.

Second, the insurance industry is motivated by maximization of profit rather than by environmental welfare, and therefore it is likely that « wherever risk reduction conflicts with profit maximization, the latter, it is contended, shall prevail ».

Third, it is unlikely that such regulation would be uniform in application, in that large commercial interests which are self-insuring would be able to avoid this form

94. L.A. REYNOLDS, *loc. cit.*, note 1, 209 ; les citations présentes dans la version originale ont été volontairement omises.

95. *Id.*, 210.

of regulation, thereby giving them an advantage over their less wealthy competitors who would be forced to rely on insurance to cover their environmental risk.

Finally, it is unlikely that such a system would be cost efficient in that it is probable that there would be considerable overlap and duplication between the insurance industry and government regulator⁹⁶.

À notre avis, il est indéniable que l'industrie de l'assurance va être amenée à contribuer de manière importante à la gestion du risque environnemental. À la lumière des différentes facettes de l'assurabilité d'un tel risque et des inconvénients que nous avons relevés sur le chapitre de l'action des assureurs dans la gestion du risque environnemental, nous devons toutefois conclure qu'il est irréaliste de croire qu'à lui seul le mécanisme de l'assurance est en position de gérer les problèmes environnementaux de manière globale.

Pareil constat nous amène à aborder la quatrième et dernière partie de notre réflexion, qui traitera de la nécessité d'une action législative particulière pour l'indemnisation des victimes de dommages environnementaux, dans le but de compléter la couverture des assureurs privés ou de s'y substituer dans les cas où ces derniers ne sont pas en mesure de couvrir le risque environnemental. À cet égard, nous tenons à spécifier que nous emploierons le terme « victime » de manière suffisamment large pour englober tant les individus que les collectivités et que le terme « dommage » inclura le préjudice écologique.

4 La création d'un fonds d'indemnisation des victimes de dommages environnementaux

Cette partie de notre réflexion, qui comporte deux divisions, servira tout d'abord à démontrer que plusieurs facteurs militent en faveur de la création d'un fonds d'indemnisation des victimes dans le cas d'un dommage environnemental. Nous verrons par la suite un modèle étranger qui va dans ce sens, soit le régime américain de responsabilité objective du pollueur instauré par la *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, telle qu'elle a été modifiée en 1986 par la *Superfund Amendments and Reauthorization Act*⁹⁷.

96. *Ibid.* ; les citations présentes dans la version originale ont été volontairement omises.

97. *Superfund Amendments and Reauthorization Act*, 42 U.S.C. 9601-9675 (1988) [ci-après désignée : « loi CERCLA »]. Pour un survol de cette loi et un accès à son texte intégral, voir le site internet de l'Environmental Protection Agency (EPA), *Laws and Regulations*, [En ligne], 2000. [<http://www.epa.gov/epahome/laws.htm>] (26 juin 2000).

Ce régime, qui influe sur les législations environnementales partout au monde et qui est complété par un fonds d'indemnisation (le Superfund), illustre bien, malgré l'usage limité de son fonds, la nécessité d'une approche renouvelée des règles de la responsabilité civile en matière de dommages environnementaux en vue d'assurer la protection du public et des ressources naturelles.

4.1 La nécessité d'un tel fonds

Nous avons tenté de démontrer, dans les sections précédentes, que le mécanisme de l'assurance était incapable d'assurer à lui seul une indemnisation des victimes qui respecte le principe de la réparation intégrale. La doctrine sur le sujet confirme d'ailleurs les limites de cette technique⁹⁸.

Ainsi, de nombreuses lacunes ont pu être relevées à la suite de l'examen de la portion assurable du risque environnemental. Il n'y a qu'à rappeler le problème posé par les limites d'engagement dans le temps, l'exclusion des dommages écologiques, des dommages résultant de la pollution générale, des activités normales des entreprises ainsi que du risque de développement pour constater que certaines victimes ne peuvent bénéficier, par l'intermédiaire de l'assurance, de l'indemnisation intégrale à laquelle elles ont droit.

Cette limite posée par l'assurance s'explique principalement par ses contraintes économiques et par l'inefficacité des règles actuelles gouvernant la responsabilité civile du pollueur, l'assurance étant le corollaire de ces dernières. En effet, il est de commune renommée que le droit civil traditionnel n'est pas en mesure d'assurer convenablement la réparation de certains dommages environnementaux⁹⁹.

L'incapacité du droit commun d'indemniser de façon appropriée les victimes de dommages environnementaux découle de plusieurs éléments parmi lesquels se trouvent les fondements de la responsabilité civile avec faute. Comme nous l'avons déjà mentionné, le fardeau de prouver la faute du pollueur peut être très exigeant, surtout dans les cas où ce dernier respecte les normes auxquelles il est soumis. De plus, l'existence d'un moyen d'exonération pourra anéantir les chances de la victime de recevoir une indemnisation.

D'autre part, en raison de la multiplicité des sources de pollution et de la difficulté, voire l'impossibilité, de les distinguer, des obstacles de taille peuvent se dresser au moment de la preuve de la cause du dommage de la

98. Voir J.M. ST-DENIS, *loc. cit.*, note 1, et H. TRUDEAU, *loc. cit.*, note 19, 794.

99. Voir, entre autres, M. BÉLANGER, *loc. cit.*, note 14, 156.

victime ainsi que du lien de causalité existant entre ce dommage et la faute du pollueur¹⁰⁰. À titre d'exemple, mentionnons l'apparition d'une maladie chez une personne longtemps après son exposition à une source de pollution : faute d'un lien de causalité suffisant — souvent lié à l'incertitude scientifique entourant les effets de certains contaminants —, les tribunaux ne pourront lui accorder une indemnisation.

Dans le même ordre d'idée, nous avons vu que l'instauration d'une responsabilité objective, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire de prouver la faute, ne permettait pas de pallier ces difficultés. Comme l'explique Hélène Trudeau :

Mais la seule instauration d'une responsabilité sans faute ne saurait suffire. Dans beaucoup de situations, l'imputation de la responsabilité à un pollueur en particulier s'avère impossible ; la nécessité de prouver devant les tribunaux le lien de causalité entre les faits et gestes du présumé responsable et la survenance du dommage demeure. Ainsi, la pollution d'un site peut résulter de l'action conjuguée de nombreux petits pollueurs, rendant difficile la répartition des responsabilités entre eux. Une entreprise à l'origine d'une contamination survenue dans le passé n'aura peut-être plus d'existence juridique au moment de l'institution de la procédure judiciaire ; sans compter les situations où le pollueur sera insolvable, introuvable ou inconnu... Dans tous ces cas, en plus de ceux où la loi instituant la responsabilité limite au moyen d'un plafond le montant des réclamations, l'idée d'un fonds d'indemnisation apparaît salutaire¹⁰¹.

Pour ce qui est de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, qui a instauré un régime de responsabilité statutaire du pollueur, nous avons vu que c'est principalement au ministre de l'Environnement que le législateur a conféré un pouvoir d'agir en cas de non-respect de la prohibition générale de polluer. Le simple citoyen ne dispose que du recours en injonction prévu dans les articles 19.2 à 19.6 LQE, qui a pour objet de faire cesser une activité dommageable pour l'environnement.

Il faut donc en conclure que les pertes patrimoniales ainsi que les dommages moraux de la victime d'un sinistre de pollution ne pourront être recouvrés par ce régime de responsabilité statutaire.

Ainsi, pour tous les cas où les règles de la responsabilité laisseraient les victimes d'un dommage environnemental sans indemnisation, un fonds à cet égard, semblable à celui qui existe pour les victimes d'un accident d'automobile¹⁰² pourrait leur assurer réparation. Martine Rémond-Gouilloud énonce ainsi les avantages d'un tel mécanisme :

100. Voir à ce sujet A. PRÉVOST, *loc. cit.*, note 17.

101. H. TRUDEAU, *loc. cit.*, note 19, 793.

102. Voir à ce sujet C. BELLEAU, *L'assurance automobile sans égard à la responsabilité — Historique et bilan de l'expérience québécoise*, Sainte-Foy, Les Publications du Québec, 1998, p. 153-154.

L'intérêt des fonds d'indemnisation mérite d'être souligné. Ils correspondent en effet parfaitement aux exigences en la matière : la charge afférente à un risque donné étant supportée par l'ensemble du milieu qui en est la cause, le principe pollueur-payeur se trouve ainsi respecté. La collectivisation du risque rend la charge de chaque contribuable supportable ; et si, au vu du nombre ou de la gravité des accidents, elle vient à s'alourdir trop sévèrement, le milieu lui-même est incité à adopter des mesures de prévention propres à la réduire. La technique des fonds est enfin précieuse en ce qu'elle permet d'indemniser des dommages dont l'auteur, inconnu, insolvable ou intouchable, ne pourrait être désigné en justice ; les difficultés de preuve font, on l'a vu, que le cas est fréquent¹⁰³.

Par ailleurs, si l'application du principe économique du « pollueur-payeur » commande que ce soit les entreprises dont les activités engendrent un risque pour l'environnement qui fournissent le financement nécessaire à la mise sur pied et au fonctionnement d'un tel fonds¹⁰⁴, il faudrait toutefois s'assurer que les cotisations prélevées par le fonds soient proportionnelles au chiffre d'affaires des entreprises visées ainsi qu'à l'importance du risque qu'elles représentent pour l'environnement. Cette façon de faire relève d'ailleurs de la même logique que celle qui est à l'origine des régimes québécois d'indemnisation des victimes dans le cas des dommages causés par les accidents de la route et les accidents du travail.

Le recours à un fonds d'indemnisation, tel que nous le proposons, aurait donc pour fonction de garantir la portion des dommages excédant les plafonds prévus dans les contrats d'assurance de responsabilité. Le fonds pourrait également se substituer aux assureurs privés dans les cas où l'assurance n'est pas en mesure de garantir le risque environnemental. À titre d'exemple, les frais occasionnés par la décontamination de l'environnement à la suite de dommages écologiques pourraient être remboursés par ce mécanisme. Il va de soi que, dans tous les cas, l'apport financier du fonds d'indemnisation devrait lui aussi être plafonné.

Dans cet ordre d'idée, nous croyons utile de présenter succinctement les grandes lignes du modèle américain de responsabilité objective du pollueur instauré par la loi CERCLA.

4.2 Le modèle de la loi CERCLA

C'est en 1980 que le Congrès américain a adopté la loi CERCLA, aussi connue sous l'appellation de « loi *Superfund* », dans le but d'assurer la décontamination de sites considérés comme dangereux tout en évitant que le coût afférent soit à la charge du contribuable.

103. M. RÉMOND-GOUILLOUD, *loc. cit.*, note 51, 24.

104. Voir M. RÉMOND-GOUILLOUD, *loc. cit.*, note 55, 16.

La loi CERCLA a institué un régime de responsabilité objective qui a considérablement étendu la portée des obligations des pollueurs : non seulement elle prévoit la solidarité de ces derniers à l'égard des frais de décontamination, mais elle consacre également le caractère rétroactif de cette responsabilité¹⁰⁵. Ce mécanisme permet donc de régler les difficultés liées à la multiplicité des sources de pollution. Par ailleurs, les problèmes de preuve du caractère direct et certain du dommage et du lien de causalité existant entre celui-ci et le fait d'un pollueur sont aussi éliminés, puisque le gouvernement n'a qu'à démontrer qu'il y a un dégagement de contaminants ou l'existence d'une crainte à cet égard (« a release or a threat of release ») pour recouvrer le coût de la décontamination du site¹⁰⁶.

La loi CERCLA apporte également une solution à la difficulté de désigner précisément le pollueur en assujettissant un éventail très large de personnes à cette responsabilité : tant les actuels que les anciens propriétaires ou exploitants du site contaminé que ceux qui ont produit, acheminé ou transporté les substances polluantes jusqu'à celui-ci, de même que toute personne à l'origine d'une décharge ou du traitement des contaminants, peuvent se voir réclamer le coût lié à sa restauration¹⁰⁷.

La mise en œuvre des pouvoirs de décontamination de la loi CERCLA peut s'effectuer de deux façons. L'Environmental Protection Agency (EPA) peut permettre au responsable d'enlever les substances polluantes et d'entreprendre toute action nécessaire à la protection de la santé et du bien-être publics, dans la mesure où il apparaît que les travaux seront effectués efficacement¹⁰⁸. En cas d'urgence, le gouvernement peut forcer la décontamination du site au moyen d'une ordonnance administrative¹⁰⁹.

Par ailleurs, ce régime prévoit l'établissement d'une liste indiquant les sites les plus dangereux pour la santé publique, la National Priorities List (NPL). Ces sites sont les seuls à être admissibles au fonds d'indemnisation Superfund, qui est mis à contribution uniquement pour les sites « orphelins » pour lesquels aucun responsable solvable n'a pu être retracé¹¹⁰.

105. Voir M.A. GADE, « Managing Uncertainty : Lessons from the U.S. Superfund Program », dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *Le droit de l'environnement — Ses problèmes et ses incertitudes*, Montréal, Thémis, 1993, p. 18, à la page 22. L'assujettissement à la responsabilité statutaire est énoncée à 42 U.S.C. 9607 (1988).

106. M.A. GADE, *loc. cit.*, note 105, 23.

107. Pour l'assujettissement à la responsabilité statutaire des pollueurs, voir 42 U.S.C. 9607 (1988). Dans la loi CERCLA, la définition du mot « personne » est très large : elle englobe notamment un être humain, une entreprise, une association, le gouvernement américain, un État ou une municipalité (42 U.S.C. 9601 (21) (1988)).

108. 42 U.S.C. 9604 (a) (1) (1988).

109. 42 U.S.C. 9606 (a) (1988). Voir à ce sujet H. TRUDEAU, *loc. cit.*, note 19, 795 et suiv.

110. Les modalités d'utilisation du Superfund sont énoncées à 42 U.S.C. 9611 (1988).

Financé par une taxe imposée aux industries chimiques et pétrolières jusqu'en décembre 1995, le Superfund puise maintenant dans les fonds fédéraux en attendant la réforme de sa loi constitutive. Afin d'illustrer l'importance de l'enjeu financier que représente le Superfund, notons qu'en 1998 le Congrès américain lui accordait un budget de 1,4 milliard de dollars américains¹¹¹.

Le fait que le Superfund ne permet pas l'indemnisation des victimes concernant les dommages causés aux personnes et aux biens et que son intervention est limitée à la décontamination des sites faisant partie de la NPL rend son cadre d'action beaucoup plus limité que celui du modèle que nous proposons. Malgré cela, il est intéressant de constater que ce mécanisme prévoit des mesures de réparation pour le préjudice écologique. Comme l'explique Isabelle Créteaux :

En dehors des frais de dépollution, les responsables potentiels sont également tenus de réparer les dommages causés aux ressources naturelles, leur destruction et leur perte ainsi que le coût d'évaluation raisonnable qui en résulte. Les ressources naturelles sont définies notamment comme le sol, l'eau, l'air, les eaux souterraines, l'eau potable, la faune et la flore. Le régime de la loi CERCLA repose sur la doctrine du *public trust*, selon laquelle les ressources naturelles sont un ensemble de biens administrés par un *trustee*, pour le compte et dans l'intérêt de la communauté : la loi habilite la Fédération, les États fédérés ainsi que les tribus indiennes à agir¹¹².

Il va sans dire que l'industrie de l'assurance américaine a été grandement ébranlée par l'instauration du régime de la loi CERCLA. En effet, cette dernière a substantiellement modifié les critères d'assurabilité du risque environnemental en augmentant l'étendue et la portée temporelle de la responsabilité imputable au pollueur. Bien qu'il soit impossible de chiffrer les frais découlant de l'application d'un tel régime, une étude menée par l'Insurance Services Office démontre que les indemnités versées par les assureurs pour les dommages environnementaux s'élèvent à 9,2 milliards de dollars américains pour les années 1991 à 1996¹¹³.

111. Voir le site internet suivant : Insurance Information Institute : Auto, Home and Business Insurance, *Environmental Pollution*, [En ligne], 2000. [<http://www.iii.org/media/issues/environmental.html>] (26 juin 2000).

112. I. CRÉTEAUX, *loc. cit.*, note 56, 348 ; les citations présentes dans la version originale ont été volontairement omises.

113. Voir le site internet suivant : Insurance Information Institute : Auto, Home and Business Insurance, *Current Developments*, [En ligne], 2000. [<http://www.iii.org/media/issues/environmental.html>] (26 juin 2000). Pour un sommaire de l'étude, voir le site internet suivant : Insurance Services Office, Inc., *Superfund and the Insurance Issues Surrounding Abandoned Hazardous Waste Sites*, [En ligne], 2000. [<http://www.iso.com/docs/stud003.htm>] (26 juin 2000).

Conclusion

L'environnement représente un défi de taille pour les assureurs, notamment parce qu'il exige que les mécanismes de l'assurance répondent à diverses préoccupations : 1) celles des entreprises, qui veulent poursuivre leurs activités tout en étant à l'abri des risques d'atteinte à l'environnement qu'elles engendrent ; 2) celles du public, qui aspire à voir sa sécurité protégée sans que la croissance économique soit mise en péril ; et 3) celles de l'industrie de l'assurance, qui, tout en préservant une marge de profits, désire combler un marché où la demande est à la hausse et les risques, quasi infinis¹¹⁴.

Nous avons vu que les difficultés éprouvées par les assureurs désireux d'offrir une telle garantie sont principalement dues à l'incertitude qui entoure le risque environnemental, tant d'un point de vue technique que d'un point de vue juridique. En ce qui a trait au domaine technique, ils peuvent néanmoins accroître l'assurabilité d'un tel risque en ayant recours à l'audit environnemental d'assurance, qui permet de mieux le circonscrire et de le prévenir.

L'approche préventive que doit préconiser l'industrie de l'assurance dans son action concernant la gestion du risque environnemental des entreprises ne peut toutefois suffire à évacuer les limites afférentes à la technique de l'assurance ni à assurer une approche globale des enjeux liés à la protection de l'environnement. Cet état de fait rend nécessaire une action législative précise en vue de la création d'un fonds d'indemnisation des victimes dans le cas des dommages environnementaux.

Sur ce chapitre, le modèle que nous préconisons a une portée beaucoup plus large que celle du Superfund américain en ce qu'il permettrait de garantir l'indemnisation des individus et des collectivités qui ne sont pas autrement dédommagés, et ce, tant pour le préjudice écologique que pour les dommages matériels, corporels et moraux. Contrairement au Superfund, la contribution financière du fonds d'indemnisation proposé ne serait pas limitée aux frais afférents à la décontamination de sites pollués par un inconnu ou un insolvable : elle pourrait servir de complément à la couverture limitée offerte par les assureurs privés ou encore se substituer à ces derniers dans tous les cas où ils ne sont pas en mesure de couvrir le risque environnemental.

114. J. LEYGONIE et X. MATHARAN, *loc. cit.*, note 44, 244.

Outre qu'elle est conforme au principe du pollueur-payeur, l'idée d'instaurer un fonds d'indemnisation des victimes dans le cas des dommages environnementaux a le mérite de combler les deux grandes lacunes liées aux limites de l'assurabilité du risque environnemental que sont le non-respect du principe de l'indemnisation intégrale des victimes et l'absence de réparation satisfaisante du préjudice écologique¹¹⁵.

115. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1991, p. 599.

ANNEXE I

Modèle d'un avenant rétablissant une couverture partielle du sinistre de pollution*

This insurance does not apply to :

1. Pollution Liability

- (a) « Bodily injury » or « property damage » arising out of the actual, alleged, or threatened discharge, dispersal, release or escape of pollutants :
 - (i) At or from the premises owned, rented or occupied by the insured ;
 - (ii) At or from any site or location used by or for an insured or others by the handling, storage, disposal, processing or treatment of waste ;
 - (iii) Which are at any time transported, handled, stored, treated, disposed of, or processed as waste by or for an insured or any person or organization for whom the insured may be legally responsible ; or
 - (iv) At or from any site or location on which an insured or any contractors or subcontractors working directly or indirectly on behalf of an insured are performing operations :
 - (A) if the pollutants are brought on or to the site or location in connection with such operations ; or,
 - (B) if the operations are to test for, monitor, cleanup, remove, contain, treat, detoxify or neutralize pollutants.
- (b) Any loss, cost or expense arising out of any governmental direction or request that an insured test for, monitor, cleanup, remove, contain, treat, detoxify, or neutralize pollutants.

Sub-paragraph (i) and (iv)(A) of paragraph (a) of this exclusion do not apply to « bodily injury » or « property damage » caused by :

- (a) *heat, smoke, or fumes for a hostile fire. As used in this exclusion a « hostile fire » means one which becomes uncontrollable or breaks out from where it was intended to be.*
- (b) *an unexpected or unintentional discharge, dispersal, release or escape of pollutants :*
 - (i) *results in the injurious presence of pollutants in or upon land, the atmosphere, drainage or sewage system, watercourse or body of water ; and*
 - (ii) *is detected within 120 hours after the commencement of the discharge, dispersal, release or escape ; and*
 - (iii) *is reported to us within 120 hours of being detected ; and*
 - (iv) *does not occur in a quantity or with a quality that is routine or usual to the business of the insured.*

« Pollutants » means any solid, liquid, gaseous, or thermal irritant or contaminant, including smoke, vapour, soot, fumes, acids, alkalis, chemical and waste. Waste includes materials to be recycled, reconditioned or reclaimed.

* Source : L.A. REYNOLDS, « New Directions for Environmental Impairment Liability Insurance in Canada », (1996) 6 J.E.L.P. 89, 128-129.